

père en dehors d'un espace-rencontre depuis le mois de juillet 2017. Il a précisé que les modalités qu'il détermine sont fixées à titre provisoire et qu'il évaluera la situation au début du mois de mai 2019.

Il est à relever que le premier juge a ainsi pris une mesure tendant à aménager la situation des parties, à savoir les conditions d'hébergement de l'enfant chez son père, sans assortir sa décision d'une mesure d'instruction ou sans préciser qu'il s'agissait d'une situation d'attente prise en attendant d'être plus amplement informé.

Madame A.B. fait valoir que le premier juge n'a ainsi pas ordonné une simple mesure avant dire droit mais a pris une décision définitive qui tranche une question litigieuse, question qui a fait l'objet d'un débat devant le premier juge, Madame A.B. étant fermement opposée à ce qu'un hébergement soit organisé chez Monsieur X.D. en dehors de toute mesure d'encadrement. La décision prise par le premier juge a épuisé sa juridiction sur la question de l'hébergement de N. puisqu'elle implique une prise de position tranchée dans la mise en balance des droits et intérêts en présence. Madame A.B. se réfère notamment à la jurisprudence de la cour de cassation ainsi qu'à un arrêt de cette chambre daté du 31 juillet 2017¹ pour conclure que la mesure prise par le premier juge quant à l'hébergement secondaire de N. ne tombe pas sous l'application de l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire et que son appel est recevable.

4. La Cour de Cassation enseigne qu'un jugement est définitif au sens de l'article 19, alinéa 1^{er} du Code judiciaire, lorsque le juge a épuisé sa juridiction sur une question litigieuse, c'est-à-dire une question ayant fait l'objet d'un litige entre les parties et qui a été soumise aux débats².

Si la doctrine et la jurisprudence se cherchent devant l'application de cette nouvelle disposition légale de l'article 1050 al.2 du Code judiciaire qui laisse subsister de nombreuses questions, force est de constater que les hésitations sont encore plus flagrantes dans le domaine qui relève de la compétence du juge de la famille³.

La question de savoir si toute décision qui n'est pas définitive au sens de l'article 19 du Code judiciaire, en ce qu'elle n'épuise pas la juridiction du juge, est nécessairement une décision avant-dire droit au sens de l'article 1050, alinéa 2 qui implique le retardement de l'appel, se pose avec acuité dans les procédures familiales qui sont caractérisées par une évolution des circonstances dans le temps, par le principe de la saisine permanente du premier juge, par le besoin de procéder par décisions successives plus ou moins rapprochées dans le temps pour respecter l'intérêt de l'enfant et le rythme du vécu subjectif de tous les intéressés dans un contexte de crise familiale, décisions précaires qui sont elles-mêmes de nature à générer des circonstances nouvelles et des effets irréversibles.

Il y a en effet dans ce domaine du droit, des mesures provisoires qui « épuisent la juridiction du juge sur une question litigieuse déterminée »⁴ puisqu'elles impliquent une prise de position tranchée dans la mise en balance des droits et intérêts en présence souvent contradictoires.

En l'espèce, la cour constate que la question de l'hébergement secondaire de N. chez son père a été soumise au débat et a été contestée par une des parties, soit Madame A.B.

A la suite de celle-ci, la cour considère que la décision prise par le premier juge a épuisé sa juridiction sur la question de l'hébergement de N. puisqu'elle implique une prise de position tranchée dans la mise en balance des droits et intérêts en présence contradictoires.

Le premier juge a, en effet, été amené à trancher la question de savoir s'il faut maintenir des contacts supervisés avec le père ou pas lorsque celui-ci a fait l'objet d'une information pour détention d'images pédopornographiques, classée sans suite pour un motif d'opportunité (poursuites disproportionnées), et qu'un certain nombre d'images pédopornographiques ont été retrouvées sur son ordinateur.

En l'espèce, le premier juge s'est positionné de manière définitive sur le fait que l'enfant ne courrait pas de danger à être hébergée par son père sans encadrement de tiers, de sorte qu'il a pris une décision qui est loin d'être neutre sur le plan des conséquences potentiellement néfastes et irréversibles pour l'enfant.

Vu l'intérêt de l'enfant, qui est au centre du débat, il serait contraire aux nécessités d'une bonne justice de priver les parties d'un droit d'appel immédiat.

En conclusion, la cour considère que, dans le cas particulier d'espèce, la mesure organisant les modalités d'hébergement de N. chez son père ne tombe pas sous l'application de l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire et que l'appel est recevable.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR, 41^{ème} chambre de la famille,

Statuant contradictoirement,

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Entendu Mme A. Schmitz, avocat général honoraire, magistrat suppléant, en son avis,

Déclare l'appel recevable,

Pour le surplus, réserve à statuer sur le fond du litige et remet l'affaire à l'audience de la 40^{ème} chambre du lundi **16 septembre 2019 à 11 h50 (10')** en vue de la mise en état. (...)

Note – L'intérêt de l'enfant n'autorise, en matière familiale, aucune dérogation à la règle de l'appel différé des jugements avant dire droit

Cet arrêt, bien que résultant de nobles intentions, n'en demeure pas moins difficilement acceptable sur le plan des principes.

Il s'inscrit dans le cadre de l'une des controverses nées de l'entrée en vigueur du nouvel article 1050, al. 2, du Code judiciaire, qui prévoit désormais que l'appel des jugements avant dire droit n'est plus

1. Bruxelles, (41^e ch), 31 juillet 2017, *J.L.M.B.*, 2018/9 – 2 mars 2018.

2. Cass., 19 février 2018, *J.L.M.B.*, 18/481 ; Cass., 12 juin 2014, *Pas.*, 2014,1, p. 1485 ; Cass., 8 octobre 2001, *Pas.*, 2001,1, p. 1600.

3. B. VANLERBERGHE, « Het hoger beroep tegen vonnissen alvorens recht te doen en de moeilijke toepassing van artikel 1050, tweede lid, Ger.W. », *T. Fam.*, 2016, 216-222 ; B. VANLERBERGHE, « De beslissing alvorens recht te doen in de zin van art. 1050, tweede lid Ger.W. », *R.W.*, 2015-2016,1624-1625.

4. G. CLOSSET-MARCHAL, « Considérations sur la nature et le régime des décisions de justice », *R.C.J.B.*, 2014, 262 (258).



possible immédiatement, mais doit nécessairement être formé en même temps que l'appel du (ou d'un) jugement définitif⁵.

Confrontés à des décisions provisoires aux conséquences parfois durables, voire irréversibles, certains juges d'appel ont été tentés de recourir à divers artifices pour soustraire ces décisions à la règle du retardement de l'appel, en dehors de ce qu'autorise pourtant le prescrit légal.

L'un de ces artifices consiste à considérer que, dès lors que la mesure provisoire sollicitée sur pied de l'article 19, al., du Code judiciaire a fait l'objet d'une contestation entre parties, celle-ci se mue en jugement définitif au sens de l'article 19, al. 1^{er}, du même code, et demeure donc immédiatement susceptible d'appel⁶.

Ce raisonnement, quoiqu'avalisé par la Cour de cassation⁷, demeure parfaitement intenable, puisqu'il a notamment pour conséquence de vider le nouvel article 1050, al. 2, du Code judiciaire de toute substance, le rendant tout simplement sans objet. Rappelons que si une mesure provisoire est sollicitée de l'accord de toutes les parties, le jugement qui l'ordonne est un jugement d'accord, donc en toute hypothèse non susceptible d'appel (art. 1043 C. jud.). Si l'on veut donc conserver à la nouvelle règle de l'appel différé des jugements avant dire droit un effet utile, il faut bien considérer qu'il s'applique à l'hypothèse inverse, c'est-à-dire à l'égard des mesures provisoires qui ont fait l'objet d'une contestation quelconque entre parties⁸. C'est d'ailleurs en ce sens que la jurisprudence de fond s'oriente désormais⁹.

L'on peut remettre en cause l'opportunité du choix ainsi fait par le législateur, mais ce choix n'est en soi pas équivoque et doit être respecté. Il repose sur

la considération que le droit au double degré de juridiction n'est pas absolu et peut, en matière civile, faire l'objet de limitations ou de restrictions, pour autant que ces limitations ou restrictions poursuivent un but légitime et soient proportionnées avec le but ainsi poursuivi¹⁰. En l'occurrence, le législateur a pu légitimement considérer que des objectifs de célérité et d'efficacité de la justice justifiaient que l'appel des jugements avant dire droit ne soit plus possible immédiatement mais le soit seulement avec l'appel du jugement définitif, d'autant que le législateur a assorti cette restriction de garde-fous.

Il n'est ainsi pas inutile de rappeler que l'article 1050, al. 2, du Code judiciaire donne au juge la faculté d'autoriser l'appel immédiat de son jugement avant dire droit, et ce même d'office. Face au risque que ne soit prise une décision provisoire aux conséquences potentiellement graves ou irréversibles, il appartient donc aux plaideurs de demander, en temps utile, le « déverrouillage » immédiat de l'appel au premier juge¹¹. Ce dernier pourrait également l'autoriser d'office, s'il a conscience de la portée que pourrait avoir sa décision : l'hypothèse n'est pas d'école et certains juges de la famille confient être apaisés par cette faculté que la loi leur réserve lorsqu'ils sont confrontés à des situations particulièrement délicates à démêler¹².

En dehors de ces hypothèses, la règle de l'appel différé doit continuer à s'appliquer, et il n'appartient pas au juge d'appel de se pencher sur l'opportunité de la décision rendue par le premier juge pour contourner les règles de recevabilité de l'appel, qui relèvent de l'ordre public¹³. Cela est vrai aussi en droit familial, dont on n'aperçoit pas au nom de quelle prétendue « spécificité » il pourrait s'émanciper, sauf dispositions particulières¹⁴, des règles du Code judiciaire.

- Sur le nouvel article 1050, al. 2, C. jud., voir G. DE LEVAL, J. VAN COMPERNOLLE et Fr. GEORGES, « La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice », *J.T.*, 2015, p. 803 ; Fr. LEJEUNE, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité ? », in *Le procès civil efficace ? Première analyse de la loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile (dite « loi pot-pourri I »)* (sous la dir. de J. ENGLEBERT et X. TATON), coll. Bibliothèque de l'Unité de droit judiciaire de l'ULB, Limal, Anthemis, 2015, pp. 129 à 136 ; P. TAELEMAN et K. BROECKX, « Rechtsmiddelen na pot-pourri I », in *De hervorming van de burgerlijke rechtspleging door Potpourri I* (sous la dir. de B. ALLEMEERSCH et P. TAELEMAN), Brugge, Die Keure, 2016, pp. 122 à 133 ; A. HOC, « L'appel différé des jugements avant dire droit », in *Pot-pourri I et autres actualités de droit judiciaire* (sous la dir. de H. BOULARBAH et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), CUP, vol. 164, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 239 à 261 ; A. HOC, « L'appel », in *Actualités en droit judiciaire : un peu de tout après six pots-pourris* (sous la dir. de H. BOULARBAH et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), CUP, vol. 183, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 302 à 314 ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et A. HOC, « L'appel en hochepot (pourri) », *J.T.*, 2019, pp. 777 à 793.
- Voir en ce sens, outre l'arrêt ici annoté, Bruxelles (42^e ch.), 18 octobre 2016, *T. Fam.*, 2016, p. 214, note B. VANLERBERGHE ; R.A.G.B., 2017, p. 254 ; Bruxelles (2^e ch.), 15 septembre 2017, n° 2017/AR/417, inédit ; Mons (33^e ch.), 22 mars 2017, n° 2017/TF/18, inédit ; Bruxelles (41^e ch.), 31 juillet 2017, R.G. n° 2017/FA/256, inédit.
- Cass. (1^{re} ch.), 24 janvier 2013, *Pas.*, 2013, p. 221, concl. Av. gén. Th. WERQUIN ; *J.T.*, 2013, p. 196, note J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL ; R.C.J.B., 2014, p. 255, note G. CLOSSET-MARCHAL ; R.W., 2012-2013, p. 1159 (somm.) ; Cass. (1^{re} ch.), 21 avril 2016, R.G. C.15.0142.N, R.W., 2016-2017, p. 896 (somm.) ; Cass. (1^{re} ch.), 16 septembre 2016, R.G. C.15.0378.N, inédit.
- A. HOC et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Un jugement avant dire droit n'est jamais un jugement définitif », note sous Bruxelles (41^e ch.), 6 octobre 2017, *J.T.*, 2017, pp. 821-82, et, dans le même sens, H. BOULARBAH, M. PHILLIPET et M. STASSIN, « État actuel de la procédure civile d'expertise », in G. DE LEVAL (dir.), *Théorie et pratique de l'expertise civile et pénale*, CUP, vol. 175, Liège, Anthemis, 2017, pp. 109 à 111, pp. 79 et 80, n° 37 ; B. VANLERBERGHE, « Het hoger beroep tegen vonnissen alvorens recht te doen en de moeilijke toepassing van artikel 1050, tweede lid, Ger. W. », note sous Bruxelles (42^e ch.), 18 octobre 2016, *T. Fam.*, 2016, p. 216 et s. ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence. (2007 à 2017). Droit judiciaire privé. L'appel », R.C.J.B., 2019, p. 109, n° 10 ; B. ALLEMEERSCH et A.-S. HOUTMEYERS, « De onderzoeksmaatregelen en het nieuwe burgerlijk bewijsrecht », in P. TAELEMAN et B. ALLEMEERSCH (dir.), *Het burgerlijk proces opnieuw hervormd*, Anvers, Intersentia, 2019, pp. 124 et s.
- Anvers (3^e ch.), 16 mars 2016, R.W., 2015-2016, p. 1623, note B. VANLERBERGHE ; Bruxelles (41^e ch.), 6 octobre 2017, *J.T.*, 2017, p. 819, note A. HOC et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK ; Bruxelles (41^e ch.), 23 octobre 2017, n° 2017/FA/411, inédit ; Anvers, 16 avril 2018, N.J.W., 2018, p. 446, note W. VANDENBUSSCHE ; Bruxelles (2^e ch.), 28 septembre 2018, *J.T.*, 2019, p. 122 ; Bruxelles (41^e ch.), 14 août 2018, R.G. n° 2018/FA/234 ; Bruxelles (41^e ch.), 31 juillet 2017, *J.L.M.B.*, 2018, p. 412 ; Bruxelles (20^e ch. F.), 22 mai 2018, P. & B., 2018, p. 125 ; Bruxelles (2^e ch. fr.), 11 janvier 2019, *J.T.*, 2019, p. 566 ; Anvers, 16 avril 2018, N.J.W., 2018, p. 446, note W. VANDENBUSSCHE ; Bruxelles (20^e ch. nl.), 24 juin 2019, R.G. 2018/AR/2019 ; Bruxelles (4^e ch.), 1^{er} octobre 2019, R.G. 2019/AR/190, inédit.
- A. HOC et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 6, n° 7.
- A. HOC, « L'appel », in *Actualités en droit judiciaire : un peu de tout après six pots-pourris*, op. cit., pp. 303 et 304, n° 3 et s.
- Sur l'application de l'article 1050, al. 2, C. jud. en matière familiale, voir L. COHEN, A. HOC et A. JANNONE, « L'appel des décisions du tribunal de la famille », in J. SOSSON et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le tribunal de la famille. Des réformes aux bonnes pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 363 à 376, n° 5 et s.
- G. CLOSSET-MARCHAL et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, op. cit., p. 59, n° 92.
- Il n'en manque d'ailleurs pas : songeons, parmi d'autres, aux règles particulières relatives à la compétence territoriale (art. 629bis C. jud.), à l'urgence (art. 1253ter/4 C. jud.) à la comparution personnelle des parties (art. 1253ter/2 C. jud.), ou encore à l'effet dévolutif en matière de liquidation-partage (art. 1224/2 C. jud.).



À cet égard, la référence à l'intérêt de l'enfant, ici mobilisé à titre surabondant par l'arrêt commenté, ne saurait davantage convaincre, dès qu'il s'agit d'une notion de fond et non d'une notion de procédure¹⁵ : la règle de l'appel différé des jugements avant dire droit n'est en soi ni favorable, ni défavorable à l'intérêt de l'enfant. Elle conditionne simplement la recevabilité de l'appel, et ce n'est donc ici qu'au prix d'une entorse logique que l'arrêt examine d'abord la décision rendue au fond... avant de déclarer cet examen recevable au motif que la décision rendue par le premier juge semble contraire à l'intérêt de l'enfant en question.

En refusant qu'un jugement avant dire droit puisse faire l'objet d'un contrôle immédiat par le juge d'appel, sauf autorisation expresse du premier juge, le législateur a donc décidé de faire confiance au premier juge. Il ne s'agit pas d'une confiance aveugle, car le premier juge, comme tout juge, est soumis au respect des règles qui encadrent sa mission juridictionnelle, et en particulier aux règles entourant le droit au procès équitable, tel que défini par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et par la jurisprudence de la Cour éponyme.

Si, en revanche, une décision, qu'elle soit provisoire ou définitive, est rendue au mépris de ces règles, elle devrait demeurer susceptible d'un appel immédiat : c'est déjà la solution retenue par le droit français et c'est celle qui commence à émerger en droit belge, sous le vocable « d'appel-nullité »¹⁶. Elle offre une garantie supplémentaire face au risque qu'une décision rendue en violation du droit au procès équitable puisse sortir ses effets, aux conséquences potentiellement néfastes ou irréversibles.

Couplée à la faculté reconnue au juge d'autoriser l'appel immédiat de son jugement avant dire droit, le recours éventuel à l'appel-nullité conforte le caractère équilibré de la nouvelle règle de l'appel différé, et rend inutile – encore serait-il acceptable – le recours à de vains artifices destinés, comme dans l'arrêt commenté, à en contourner l'application.

Arnaud HOC

Maître de conférences invité à l'UNamur

Chargé de cours invité à l'UCLouvain,

Avocat au barreau de Namur

.....

15. Même si l'intérêt de l'enfant connaît certaines traductions procédurales, par exemple en ce qui concerne les règles relatives à l'audition des mineurs (art. 1004/1 et /2 C. jud.).

16. A. HOC, *De l'appel-nullité au recours restauré. Étude de droit belge et de droit français*, Bruxelles, Larcier, 2019.

